

Dr. Thomas Koller  
Professor an der Universität Bern

Marc André Mauerhofer  
MLaw, Rechtsanwalt, Bern

## Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007

Nicht im Handel



Sonderdruck aus  
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»  
Band 145 · 2009 · Heft 12

Stämpfli Verlag AG Bern

## Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007

Veröffentlicht in Band 133

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER,  
MLaw/Rechtsanwalt, Bern<sup>1,2</sup>

### Übersicht

- |   |                 |
|---|-----------------|
| I. Kündigung gegenüber einem gewählten Arbeitnehmervertreter (Art. 336 Abs. 2 lit. b OR)  | BGE 133 III 512 |
| II. Dauer der maximalen Kündigungssperrfrist an der Grenze zwischen erstem und zweitem bzw. fünftem und sechstem Dienstjahr (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR)                | BGE 133 III 517 |
| III. Genugtuungsanspruch infolge Vernachlässigung der Lohnzahlungspflicht und gerechtfertigter fristloser Kündigung durch die Arbeitnehmerin (Art. 49, 328 und 337c OR) | BGE 133 III 657 |
| IV. Notwendigkeit eines Sachverständigengutachtens zur Beurteilung von Lohnunterschieden zwischen Mann und Frau   | BGE 133 III 545 |
| V. Auslegung von Sozialplänen   | BGE 133 III 213 |
| VI. Verhältnis zwischen interner Beschlussfassung einer AG und der Kündigung eines Arbeitsvertrages mit einem Verwaltungsratsmitglied                                   | BGE 133 III 77  |
| VII. Auch arbeitsrechtliche Zivilprozesse im einfachen und raschen Verfahren sind im Konkurs zu sistieren (Art. 207 SchKG)  | BGE 133 III 377 |

<sup>1</sup> Das Manuskript wurde am 31. August 2009 abgeschlossen.

<sup>2</sup> In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen zitiert (BK = Berner Kommentar; ZK = Zürcher Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CR = Commentaire romand; CHK = Handkommentar zum Schweizer Privatrecht). Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHE, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006; ROLF A. TOBLER/CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/DANIELA GULLO EHM, Arbeitsrecht, Lausanne 2006; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008.

# I. Kündigung gegenüber einem gewählten Arbeitnehmervertreter (Art. 336 Abs. 2 lit. b OR)

BGE 133 III 512 (4C.77/2007)

Gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte. Diese Bestimmung regelt nicht nur einen besonderen Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung zum Schutz des Arbeitnehmervertreters, sondern beinhaltet zusätzlich auch eine (vom Gesetzgeber gewollte [AB 1985 N 1133; Votum BR Kopp]) Umkehr der Beweislast, welche diesen Schutz verstärken soll, um dem Betroffenen eine wirkungsvolle Vertretung von Arbeitnehmerinteressen zu ermöglichen (BGE 133 III 512 E. 6.1 S. 514). Der Arbeitgeber hat dabei nicht nur schützenswerte Gründe nachzuweisen, aufgrund derer er begründeten Anlass zur Kündigung hatte, sondern auch Beweis dafür zu erbringen, dass solche Gründe die Kündigung tatsächlich veranlasst haben (Urteil 4C.183/1994 vom 17. November 1994 E. 2a [JAR 1995, 154 ff., spez. 156]; bestätigt mit Urteil vom 12. August 1997, E. 3b [JAR 1998, 199 ff., spez. 200]).

Fraglich ist, ob der «begründete Anlass zur Kündigung» in der Person des Arbeitnehmers liegen muss (so z.B. TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, Art. 336 Ziff. 2.7) oder ob darunter auch objektive Gründe, insbesondere wirtschaftliche Probleme des Unternehmens fallen können (so die h.L.; dezidiert dagegen aber BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, Art. 336 Ziff. 10). Das Bundesgericht hat sich im Urteil 4C.183/1994 vom 17. November 1994 (SJZ 1995, 116 = JAR 1995, 154 ff.) für Letzteres entschieden und diese Praxis nun erstmals in einem amtlich publizierten Urteil bestätigt. Zur Begründung führt es aus, der sachliche Kündigungsschutz gemäss Art. 336 ff. OR knüpfe am Kündigungsmotiv an; er sei vom zeitlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 336c f. OR zu unterscheiden. Art. 336 OR wolle im Gegensatz zu Art. 336c OR dem Arbeitgeber keine Sperrfristen auferlegen, sondern verhindern, dass aus Beweggründen gekündigt werde, welche nach Auffassung des Gesetzgebers verwerf-

lich seien und deshalb die Kündigung als missbräuchlich erscheinen lassen würden. Die Vorschriften über den sachlichen Kündigungsschutz würden keinen Bestandesschutz des Arbeitsverhältnisses während bestimmter Zeitspannen bezwecken; sie würden lediglich den Kündigungsmissbrauch aus verwerflichen Beweggründen mit Sanktionen belegen (BGE 133 III 512 E. 6.1 S. 513 f., unter Verweisung auf das Urteil 4C.183/1994). *Daher müsse eine Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen grundsätzlich zulässig sein, soweit kein Zusammenhang mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter bestehe* (a.a.O. E. 6.2 S. 514). Insoweit dürfte der hier diskutierte Entscheid dem Willen des Gesetzgebers auf jeden Fall entsprechen. Den Beratungen des Nationalrates zur arbeitsrechtlichen Kündigungsschutznovelle (denen im Ständerat nicht widersprochen wurde) lässt sich klar entnehmen, dass der Gesetzgeber keinen «absoluten» Kündigungsschutz des Arbeitnehmervertreters wollte. Mit der Wendung «begründeter Anlass» sollte die Schutzwelle nicht allzu hoch angesetzt werden, wurde doch ein Minderheitsantrag, der eine Kündigung nur aus «wichtigem Grund» zulassen wollte, deutlich abgelehnt (AB 1985 N 1130 ff., spez. 1132 [Votum NR Allenspach] und 1133 [Votum BR Kopp: «Der begründete Anlass geht weniger weit als der wichtige Grund.»]).

Im Weiteren gibt das Bundesgericht zu bedenken, dass ein überschüssiger Schutz des Arbeitnehmervertreters sich zuungunsten der übrigen Arbeitnehmer auswirken könnte, indem dem Arbeitgeber verunmöglicht würde, die effizientesten und sozialverträglichsten Massnahmen zu ergreifen, sofern diese den Arbeitnehmervertreter betreffen würden (a.a.O. E. 6.3 S. 515). Praktische Folge davon wäre – so das Bundesgericht –, dass die Einsparungen an anderer Stelle durchgeführt würden und allenfalls weniger sozialverträglich wären oder mehr Personen davon betroffen würden. Um die Missbrauchsvermutung umzustossen, sei mithin nicht notwendig, dass der Arbeitgeber die Umstrukturierung zunächst zulasten anderer Arbeitnehmer vornehme (a.a.O. E. 6.2 S. 514 f.).

Diese Betonung von Effizienzgesichtspunkten ist nicht ganz unproblematisch. Je nach den Umständen kann ein Arbeitnehmervertreter durch seine besondere Aufgabe stark belastet sein. Ihm steht aber von Gesetzes wegen das Recht zu, die Tätigkeit während der Arbeitszeit auszuüben, wenn die Wahrnehmung der Aufgabe es erfordert und die Berufsarbeit es zulässt (Art. 13 des Mitwirkungsgesetzes

[MwG; SR 822.14]; vgl. dazu auch WALO C. ILG, Kommentar über das Bundesgesetz über die Information der Arbeitnehmer in den Betrieben [Mitwirkungsgesetz], Zürich 1999, 89, und ROLAND A. MÜLLER, Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999, 200 und 205 ff.). Es ist daher ohne Weiteres möglich, dass ein Arbeitnehmervertreter betriebswirtschaftlich gesehen kein «effizienter» Mitarbeiter ist, weshalb es im Rahmen von Umstrukturierungen aus unternehmerischer Sicht sinnvoll sein kann, diesen und nicht einen andern Mitarbeiter zu entlassen. Unter Berücksichtigung von Art. 13 MwG und Art. 336 Abs. 2 lit. b OR wäre ein solches Kündigungsmotiv arbeitsrechtlich aber nicht angängig. Auch das Bundesgericht bringt dies zum Ausdruck, wenn es ausführt, der gesetzliche Missbrauchstatbestand sei erfüllt, wenn die Kündigung auf durch die Arbeitnehmervertretung bedingte Leistungseinbussen zurückzuführen sei (a.a.O. E. 6.3 S. 515; dazu auch THOMAS GEISER, AJP 2009, 135, und ROLAND A. MÜLLER, ARVonline 2008, Nr. 40). Fraglich ist allerdings, ob sich im Prozess in jedem Fall mit hinreichender Sicherheit feststellen lässt, ob die Kündigung des Arbeitsverhältnisses effektiv auf zulässigen «objektiven» oder unzulässigen «subjektiven» Optimierungsmotiven des Arbeitgebers beruht. Die vom Gesetzgeber bewusst gewollte Beweislastumkehr (vgl. oben) ist in diesem Zusammenhang jedenfalls sehr ernst zu nehmen. Das Bundesgericht deutet dies ebenfalls an, wenn es ausführt, *die wirtschaftlichen Gründe dürften nicht bloss vorgeschoben sein, um den Arbeitnehmervertreter loszuwerden*, beispielsweise indem die angeblich einzusparende Stelle durch eine neu-eingestellte Person wieder besetzt werde (a.a.O. E. 6.3 S. 515 unter Berufung auf CR CO I-AUBERT, Art. 336 N 13).

Schliesslich geht das Bundesgericht im vorliegenden Fall aber noch einen ganz entscheidenden Schritt weiter. Es sei – so das Bundesgericht ausdrücklich – nicht notwendig, dass der Restrukturierungsbedarf durch die schlechte Geschäftslage klar erwiesen sei, da sonst dem Arbeitgeber verunmöglicht würde, durch frühzeitige Restrukturierungsmassnahmen schlechte Geschäftslagen zu vermeiden (a.a.O. E. 6.2 S. 514). *Der Arbeitgeber dürfe Optimierungsmassnahmen treffen, ohne dass er einen schlechten Geschäftsgang abwarten müsse* (a.a.O. E. 6.3 S. 515). Damit wagt sich das Bundesgericht weit vor. In der Literatur wurde z.T. geltend gemacht, auf diese Weise werde die praktische Tragweite der Beweislastumkehr von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR bedeutend eingeschränkt. Bei einem Personalabbau

im Rahmen von Umstrukturierungsmassnahmen handle es sich immer um einen unternehmerischen Ermessensentscheid. *Reiche die (stets mögliche) Behauptung aus, die Massnahme diene dazu, eine künftige negative Geschäftsentwicklung zu verhindern, falle jede Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung des Vorliegens eines begründeten Kündigungsanlasses dahin. Ergo obliege es dem gekündigten Arbeitnehmer, seinem Arbeitgeber ein verwerfliches Motiv nachzuweisen, wodurch die im Gesetz vorgesehene Beweislastumkehr de facto aufgehoben sei* (THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/2008 40). Diese Bedenken sind nicht von der Hand zu weisen. Betriebliche Umstrukturierungsmassnahmen zur Vermeidung möglicher künftiger (also weitgehend hypothetischer) wirtschaftlicher Schwierigkeiten lassen sich wohl praktisch beliebig begründen. Wenn Art. 336 Abs. 2 lit. b OR seines Sinngehalts nicht ganz entleert werden soll, sind daher in solchen Fällen an den Nachweis, dass die Entlassung nichts mit der Stellung des Gekündigten als Arbeitnehmervertreter zu tun hat, besonders hohe Anforderungen zu stellen. Das beschlägt allerdings die Ebene der *Beweiswürdigung* durch die unteren Instanzen, die vom Bundesgericht nur beschränkt überprüft werden kann (Art. 97 BGG). Die Schutzwirkung der Beweislastumkehr von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR kann so unter Umständen massiv beeinträchtigt werden, v.a. wenn der Gekündigte aufgrund einer zulässigen antizipierten Beweiswürdigung nicht einmal zum Gegenbeweis zugelassen wird (vgl. als Bsp. das Urteil 4C.183/1994 vom 17. November 1994 E. 2b [JAR 1995, 154 ff., spez. 157] und zu Recht kritisch dazu ILG, a.a.O., 88 Anm. 1 in fine). Zu hoffen bleibt daher, dass in der Praxis in Zukunft zumindest das *Recht des Arbeitnehmervertreters auf den Gegenbeweis* (Urteil 4C.183/1994 vom 17. November 1994 [JAR 1995, 154 ff., spez. 156 E. 2a; CHK-F. EMMEL, Art. 336 OR N 8) nicht ausgehöhlt wird.

Der hier besprochene Entscheid mag für den konkreten Fall, soweit man dies anhand des wiedergegebenen Sachverhalts beurteilen kann, richtig sein. Er illustriert aber eindrücklich, wie relativ schwach der Schutz von gewählten Arbeitnehmervertretern im schweizerischen Arbeitsrecht ist. Den Standards der International Labour Organization (ILO-Standards) dürfte er kaum genügen (GABATHULER/SPIRIG, a.a.O., 40; vgl. zu diesen Standards etwa die Empfehlung 143 der ILO betreffend Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb vom 23. Juni 1971, abrufbar unter

www.ilo.org/ilolex/german/docs/rec143.htm). Völkerrechtlich ist die Schweiz allerdings zu einer Beachtung dieser Standards nicht verpflichtet, da sie das Übereinkommen 135 der ILO über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb vom 23. Juni 1971 (abrufbar unter [www.ilo.org/ilolex/german/docs/gc135.htm](http://www.ilo.org/ilolex/german/docs/gc135.htm)) nicht ratifiziert hat. Im globalen Wettbewerb mag dies ein Vorteil sein, weil sich Arbeitnehmervertreter in der Schweiz nicht leisten können, allzu «übermütig» zu werden. Unter dogmatischen Gesichtspunkten zu bedauern ist, dass das Bundesgericht in seiner Begründung Art. 12 Abs. 2 MwG nicht mitberücksichtigt. Nach dieser Bestimmung dürfen Mitglieder der Arbeitnehmervertretung von Arbeitgeberseite wegen Ausübung dieser Tätigkeit nicht benachteiligt werden. Es ist immerhin fraglich, ob alle Ausführungen im hier besprochenen Urteil Sinn und Zweck dieser Norm entsprechen.

## II. Dauer der maximalen Kündungssperrfrist an der Grenze zwischen erstem und zweitem bzw. fünftem und sechstem Dienstjahr (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR)

*BGE 133 III 517 (4C.89/2007) = Pra 2008 Nr. 26, S. 190 ff.*

Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Eine während der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist *nichtig*; ist sie vor dem Beginn einer Sperrfrist erfolgt, die Kündigungsfrist aber bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf *unterbrochen* und erst nach Beendigung der Sperrfrist *fortgesetzt* (Art. 336c Abs. 2 OR).

Am Übergang zwischen erstem und zweitem bzw. fünftem und sechstem Dienstjahr stellt sich die Frage, welche maximale Sperrfrist (30 oder 90 Tage bzw. 90 oder 180 Tage) gilt. In der arbeitsrechtlichen Literatur wurden zu dieser Frage unterschiedliche (im Einzelnen z.T. sehr differenzierte) Meinungen vertreten. Grob gesehen lassen sich dabei zwei Auffassungen unterscheiden: Während die eine Gruppe

von Autoren für die Bestimmung der maximalen Dauer der Sperrfrist auf den Zeitpunkt des Empfangs der Kündigung abstellen will, spricht sich die h.L. für die Anwendung der längeren Sperrfrist aus, wenn die Arbeitsunfähigkeit in das zweite bzw. sechste Dienstjahr hinein dauert.

Mit dem Grundsatzentscheid 133 III 517 hat das Bundesgericht die alte Kontroverse in begrüssenswerter Weise geklärt (so auch GEORGES CHANSON, ARVonline 2008, Nr. 41, mit zu Recht kritischen Bemerkungen zu weiteren Aspekten dieses Entscheids, die hier aber nicht von Interesse sind) und sich nach ausführlicher Darlegung des Meinungsstreits der h.L. angeschlossen. Demgemäss gilt Folgendes: *Beginnt die krankheits- oder unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit im ersten (bzw. fünften) Dienstjahr und dauert sie im zweiten (bzw. sechsten) Dienstjahr an, so gilt die längere maximale Sperrfrist.* Erforderlich ist dafür allerdings, dass die gemäss Art. 336c Abs. 2 OR unterbrochene Kündigungsfrist erst im zweiten (bzw. sechsten) Dienstjahr abläuft; eine allfällig zusätzliche Verlängerung der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 3 OR wird dabei aber nicht berücksichtigt. Die verlängerte Sperrfrist beginnt nicht ab dem zweiten (bzw. sechsten) Dienstjahr zu laufen, sondern ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit. Ist die kürzere maximale Sperrfrist beim Wechsel des Dienstjahres noch nicht abgelaufen, so kommt von Anfang an die längere maximale Sperrfrist zum Tragen. Ist die kürzere Sperrfrist beim Wechsel des Dienstjahres bereits abgelaufen, so wird diese kürzere Frist auf die längere angerechnet (BGE 133 III 517 E. 3.3 S. 525 f.). Dabei beginnt die längere – um die Dauer der anzurechnenden Frist gekürzte – Sperrfrist am Anfang des neuen (zweiten bzw. sechsten) Dienstjahres zu laufen, *während zwischen dem Ablauf der kürzeren Sperrfrist und dem Ende des ersten bzw. fünften Dienstjahres die Kündigungsfrist weiterläuft* (BGE 133 III 517 E. 3.3 in fine S. 526 unter Verweisung auf STREIFF/VON KAENEL, Art. 336c N 8; dazu auch THOMAS GEISER, AJP 2009, 133; a.M. diesbezüglich offenbar CHANSON, a.a.O., der bildhaft, aber ungenau davon spricht, dass «rückwirkend ab Beginn [der Arbeitsunfähigkeit] mit der längeren Frist zu rechnen ist», und meint, die verlängerte Sperrfrist beginne nicht irgendwann während der Arbeitsunfähigkeit beim Dienstjahreswechsel, sondern bei deren Beginn).

Die Auswirkungen dieses Urteils sollen anhand verschiedener Beispiele illustriert werden:

a) Wenn die Parteien in einem unbefristeten Arbeitsvertrag keine Kündigungsfristen und -termine vereinbart haben, gilt die gesetzliche Regelung von Art. 335c Abs. 1 OR, d.h., das Arbeitsverhältnis kann nach Ablauf der Probezeit im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat je auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Im Beispielsfall soll das erste Dienstjahr Ende Juli ablaufen. Die Arbeitgeberin kündigt mit einem Schreiben, das dem Arbeitnehmer am 12. Juni zugeht, auf 31. Juli. Der Arbeitnehmer erkrankt am 15. Juli und ist bis 15. November arbeitsunfähig. Die Kündigung ist *gültig*, weil sie vor Beginn der Sperrfrist ausgesprochen wurde (dazu GEISER, a.a.O., 134), aber der Lauf der Kündigungsfrist wird vom 15. Juli an *unterbrochen*. Am 15. Juli war die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen, denn die Kündigungsfrist beginnt nicht mit Zugang der Kündigung zu laufen, sondern wird durch Rückwärtsrechnung vom Endtermin an ermittelt (BGE 134 III 354; in der ZBJV später zu besprechen; dazu auch GEISER, a.a.O., 133 f.; anders noch BGE 131 III 467 und kritisch dazu u.a. THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 439 ff.), beschlug hier also den ganzen Monat Juli und nicht die Zeit vom 13. Juni bis 12. Juli. Der Anfang der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit fällt somit in die Kündigungsfrist. Zu Beginn des zweiten Dienstjahres am 1. August dauert das Arbeitsverhältnis mithin noch an. Daher verlängert sich die Sperrfrist auf 90 Tage, d.h., der Lauf der Kündigungsfrist wird bis am 12. Oktober unterbrochen und läuft ab 13. Oktober weiter. Da für die Berechnung der *Länge der Kündigungsfrist* nicht der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern der Zeitpunkt des Beginns der Kündigungsfrist (BGE 131 III 467 E. 2 S. 471) oder gar wohl eher der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (GABRIEL AUBERT, ARV 2005, 175; GEISER, a.a.O., 134) massgebend ist, bleibt es in casu bei einer Frist von einem Monat; der Umstand, dass sich das Arbeitsverhältnis in das zweite Dienstjahr hinein erstreckt, führt nicht zu einer Verlängerung der Kündigungsfrist auf zwei Monate i.S.v. Art. 335c Abs. 1 zweite Variante OR. Weil bei Eintritt der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit erst 14 Tage der einmonatigen Kündigungsfrist ablaufen waren, setzt sich diese nur für die restlichen 17 Tage (da der Kündigungsmonat Juli 31 Tage hat) fort und endet am 29. Oktober. Gestützt auf Art. 336c Abs. 3 OR verlängert sich das Arbeitsverhältnis sodann bis am 31. Oktober.

b) Die Parteien haben vertraglich eine dreimonatige Kündigungsfrist und jeden Monat als möglichen Endtermin vereinbart. Das erste Dienstjahr läuft Ende Juli ab. Die Arbeitgeberin kündigt mit einem Schreiben, das dem Arbeitnehmer am 12. April zugeht, auf 31. Juli. Der Arbeitnehmer erkrankt am 15. Mai und ist bis 1. November arbeitsunfähig. Der Lauf der Kündigungsfrist wird vom 15. Mai für 30 Tage, d.h. bis 13. Juni, unterbrochen und läuft ab 14. Juni weiter. Da somit das Arbeitsverhältnis zu Beginn des zweiten Dienstjahres am 1. August noch andauert, gelangt nun ebenfalls die 90-tägige Sperrfrist zur Anwendung. Damit beginnt am 1. August die Sperrfrist wieder zu laufen, und zwar für die restlichen 60 Tage, d.h. bis 29. September; demgemäss setzt sich der Lauf der Kündigungsfrist am 30. September fort. Von der Gesamtkündigungsfrist von 92 Tagen (= Monate Mai bis Juli) sind bis Ende Juli 62 Tage verstrichen, sodass noch 30 Tage verbleiben. Damit läuft die Kündigungsfrist bis 29. Oktober. Gestützt auf Art. 336c Abs. 3 OR verlängert sich das Arbeitsverhältnis sodann bis am 31. Oktober.

c) Etwas anders würde es sich im vorgenannten Beispiel verhalten, wenn die Arbeitsunfähigkeit nur bis 27. August dauert. Ab 28. August läuft diesfalls die restliche Kündigungsfrist von 30 Tagen wieder, sodass das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung von Art. 336c Abs. 3 OR am 30. September sein Ende findet. Das ist eine Folge des Umstandes, dass gemäss Bundesgericht in der Zeit zwischen dem Ablauf der kürzeren maximalen Sperrfrist im ersten Dienstjahr und dem Beginn des zweiten Dienstjahres nicht die Sperrfrist, sondern die Kündigungsfrist läuft, zu Beginn des zweiten Dienstjahres also die Kündigungsfrist wieder unterbrochen wird. Der Arbeitnehmer wäre hier besser gestellt, wenn – wohl im Sinne von CHANSON, a.a.O. – die längere Sperrfrist durchgehend ohne Unterbruch ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit gerechnet würde. Denn diesfalls käme er in den Genuss der vollen Aufschubwirkung von 90 Tagen mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis bis Ende Oktober andauern würde, während nach der bundesgerichtlichen Praxis der Lauf der Kündigungsfrist zuerst für 30 Tage und anschliessend ab 1. August nur noch für 27 Tage bis zum effektiven Ende der Arbeitsunfähigkeit unterbrochen wird.

d) Die Parteien haben vertraglich eine sechsmonatige Kündigungsfrist und jeden Monat als möglichen Endtermin vereinbart. Das

Arbeitsverhältnis beginnt am 1. August. Der Arbeitgeber kündigt den Arbeitsvertrag mit einem Schreiben, das der Arbeitnehmerin am 15. November des fünften Dienstjahres zugeht, auf Ende Mai des kommenden Kalenderjahres (das kein Schaltjahr ist). Am 15. Dezember erkrankt die Arbeitnehmerin und bleibt bis Mitte November des nächsten Jahres arbeitsunfähig. Der Lauf der Kündigungsfrist wird ab 15. Dezember für 90 Tage unterbrochen, d.h. bis am 14. März, und läuft ab 15. März weiter. Das (hypothetische) Ende des Arbeitsvertrages verschiebt sich somit von Ende Mai um 90 Tage. Daher ist das Arbeitsverhältnis zu Beginn des sechsten Dienstjahres am 1. August noch nicht beendet, und es kommt nun die 180-tägige Sperrfrist zur Anwendung, d.h., ab 1. August beginnt die Sperrfrist wieder zu laufen und endet nach weiteren 90 Tagen am 29. Oktober; vom 30. Oktober an läuft mithin die Kündigungsfrist weiter. Von den 182 Tagen der Kündigungsfrist (Dezember bis Mai) sind im Dezember 14 Tage und ab 15. März bis Ende Juli 139 Tage, insgesamt somit bislang 153 Tage verstrichen. Die restlichen 29 Tage laufen am 27. November ab, und das Arbeitsverhältnis endet in Anwendung von Art. 336c Abs. 3 OR am 30. November bzw. rund 12½ Monate nach Zugang der Kündigung.

e) Anders würde es sich verhalten, wenn die Kündigung einen Monat früher zugegangen und auf Ende April ausgesprochen worden wäre. Die um 90 Tage unterbrochene Kündigungsfrist würde kurz vor Ende Juli ablaufen und das Arbeitsverhältnis somit in Anwendung von Art. 336c Abs. 3 OR bis 31. Juli dauern. Da dies noch vor Beginn des sechsten Dienstjahres ist, kommt die 180-tägige Sperrfrist nicht zum Tragen.

f) Nicht anders wäre es, wenn im vorherigen Beispiel (lit. e) das Arbeitsverhältnis seinerzeit am 30. Juli begonnen hätte. Das Arbeitsverhältnis würde diesfalls zwar erst im sechsten Dienstjahr enden. Die gemäss Art. 336c Abs. 2 OR unterbrochene Kündigungsfrist würde aber noch im fünften Dienstjahr ablaufen, und das Arbeitsverhältnis würde nur in Anwendung von Art. 336c Abs. 3 OR knapp in das sechste Dienstjahr hinein verlängert, was aber gemäss Bundesgericht nicht relevant ist.

g) Endet die krankheits- oder unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit im ersten (oder fünften) Dienstjahr, so kommt nur die kürzere maximale

Sperrfrist zum Tragen, auch wenn – wegen der Unterbrechungswirkung der Sperrfrist – das Arbeitsverhältnis zu Beginn des zweiten (oder sechsten) Dienstjahres noch andauert. *Denn die längere Sperrfrist ist nur anwendbar, wenn sich die Arbeitsunfähigkeit (und nicht bloss das Arbeitsverhältnis) in das zweite (bzw. sechste) Dienstjahr hinein erstreckt* («si une incapacité de travail ... empiète sur la deuxième année de service» [BGE 133 III 517 E. 3.3 S. 525]). Wird die Arbeitnehmerin aber im zweiten (bzw. sechsten) Dienstjahr erneut arbeitsunfähig, so findet für diese weitere Arbeitsunfähigkeit die längere maximale Sperrfrist Anwendung. Die schon abgelaufene kürzere Sperrfrist wird dabei nicht angerechnet, wenn die neue Erkrankung in keinem Zusammenhang mit der ersten steht (BGE 120 II 124 E. 3d in fine S. 127; STREIFF/VON KAENEL, Art. 336c N 4, mit Differenzierungen), wohl aber bei einem Rückfall. Eine weitere Sperrfrist wird durch die erneute Arbeitsunfähigkeit nur dann nicht ausgelöst, wenn diese in die «Erstreckungsphase» nach Art. 336c Abs. 3 OR fällt (BGE 124 III 474).

### III. Genugtuungsanspruch infolge Vernachlässigung der Lohnzahlungspflicht und gerechtfertigter fristloser Kündigung durch die Arbeitnehmerin (Art. 49, 328 und 337c OR)

*BGE 133 III 657 (4A\_157/2007) = Pra 2008 Nr. 64, S. 425 ff.*

Zwei Eheleute beschäftigten eine marokkanische Haushälterin, der sie – abgesehen von einer einmaligen Zahlung von ca. Fr. 1400.– – während eines Jahres keinen Lohn bezahlten. In der Folge kündigte die Arbeitnehmerin fristlos und verlangte neben Lohnnachzahlung eine Genugtuung, welche ihr von den kantonalen Vorinstanzen mit dem Argument verweigert wurde, die Nichtzahlung des Lohnes stelle keine genügend gravierende Persönlichkeitsverletzung dar, die eine Genugtuungszahlung rechtfertigen würde. Mit Beschwerde in Zivilsachen rügte die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 337c Abs. 3 OR. Dieser ermöglicht dem Richter, einem zu Unrecht fristlos entlassenen Arbeitnehmer eine Entschädigung zuzusprechen. Die Bestimmung sei, so die Beschwerdeführerin, analog auf den Fall anzuwenden, in dem der Arbeitnehmer zu Recht fristlos kündigt. Die Beschwerdeführerin machte jedoch ausdrücklich keine Verletzung der Art. 328 i.V.m. Art. 49 OR geltend, die unter der Voraussetzung einer

Persönlichkeitsverletzung dem Arbeitnehmer einen Genugtuungsanspruch verschaffen.

Das Bundesgericht verwirft mit einlässlicher Begründung die analoge Anwendung von Art. 337c Abs. 3 OR. Erstens sei in Art. 337b OR für die (gerechtfertigte) fristlose Kündigung des Arbeitnehmers keine Entschädigung vorgesehen. Zweitens beeinträchtige eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber den Ruf des Arbeitnehmers, was bei einer fristlosen Kündigung durch den Arbeitnehmer selbst nicht gleichermassen zutreffe. Drittens stelle die Bestimmung von Art. 337c Abs. 3 OR aufgrund ihres pönalen Charakters eine Ausnahme im schweizerischen Recht dar, die restriktiv anzuwenden sei (BGE 133 III 657 E. 3.4 S. 663 f.). Ob die Arbeitgeber eine Genugtuung nach Art. 49 i.V.m. Art. 328 OR schulden, prüft das Bundesgericht nicht, weil die Beschwerdeführerin die Verletzung dieser Bestimmungen nicht gerügt habe (a.a.O. E. 3.5 S. 664).

Einerseits überzeugt der Entscheid in Bezug auf die Verneinung der analogen Anwendbarkeit von Art. 337c OR auf Kündigungen durch den Arbeitnehmer (zustimmend auch WOLFGANG PORTMANN, ARVonline 2008, Nr. 146). Andererseits ist bedauerlich, dass auf die Prüfung des Anspruchs nach Art. 49 i.V.m. Art. 328 OR verzichtet wurde. Der Beschwerdeführerin hätte unter Umständen eine Genugtuung gestützt auf diese Bestimmungen zugestanden werden können (THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2008, 346). Grundsätzlich stellt das Nichtzahlen des Lohnes zwar keine Persönlichkeitsverletzung dar, doch ist für den vorliegenden Fall nicht auszuschliessen, dass bereits die konsequente und anhaltende Missachtung des Lohnanspruchs einer Haushaltsangestellten diese als «minderwertige» oder «sklavenähnliche» Arbeitskraft erscheinen liess, wodurch sie in ihrer Persönlichkeit herabgewürdigt wurde.

Das Bundesgericht wäre nicht gehindert gewesen, den Fall unter Art. 49 i.V.m. Art. 328 OR zu beurteilen. Das Begehren der Beschwerdeführerin lautete u.a. auf Zusprechung von «12 000 fr. nets d'indemnité pour tort moral» und stützte sich auf den Sachverhalt *Nichtzahlung des Lohnes während eines Jahres mit nachfolgender fristloser Kündigung durch die Arbeitnehmerin*. Die (anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin legte ausserdem ausreichend dar, weshalb der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG), womit auf das Begehren eingetreten werden konnte. Dass gemäss der Beschwerdeschrift der vorinstanzliche Entscheid nur Art. 337c OR

verletzte und die Verletzung von Art. 49 und 328 OR gar ausdrücklich nicht gerügt wurde, ändert grundsätzlich nichts daran, dass nach erfolgtem Eintreten das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen auf die gestellten Begehren und den vorliegenden Sachverhalt anwendet (Art. 106 Abs. 1 BGG). Allerdings braucht das Bundesgericht nicht wie ein Gericht erster Instanz von sich aus nach allen in Frage kommenden Rechtsregeln zu suchen und muss nicht Fragen prüfen, die nicht vorgebracht werden (BERNARD CORBOZ, in: Bernard Corboz et al., Commentaire de la LTF, Bern 2009, Art. 106 N 30). Daher ist zumindest aus formaler Sicht nicht zu beanstanden, dass im vorliegenden Fall die Art. 49 und 328 OR nicht beachtet wurden, auch wenn sich deren Prüfung aufgedrängt hätte und ein eigentliches «Suchen» nach den anwendbaren Rechtsregeln nicht erforderlich gewesen wäre.

#### IV. Notwendigkeit eines Sachverständigengutachtens zur Beurteilung von Lohnunterschieden zwischen Mann und Frau

*BGE 133 III 545 (4C.401/2006) = Pra 2008 Nr. 41, S. 286 ff.*

Einmal mehr hatte sich das Bundesgericht mit einer Lohngleichheitsklage einer Arbeitnehmerin zu befassen (vgl. grundlegend bereits etwa BGE 130 III 145 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2005, 336 ff.). Eine kinderlose Juristin mit Anwaltspatent klagte ihre frühere Arbeitgeberin wegen geschlechtsbezogener Lohndiskriminierung auf rund Fr. 140 000.– Lohnnachzahlung ein. Sie brachte vor, dass andere Arbeitnehmer für eine Tätigkeit von geringerer Bedeutung eine höhere Vergütung erhalten hätten, und beantragte die Anordnung eines Sachverständigengutachtens zwecks Feststellung der Gleichwertigkeit der verschiedenen Tätigkeiten. Die Vorinstanz des Bundesgerichts befragte zwar neunzehn Zeugen, lehnte die Anordnung eines Gutachtens jedoch ab, ohne dies zu begründen. Im vorinstanzlichen Urteil wurden die Löhne von fünf Mitarbeitern für eine Zeitdauer von vier Jahren mit jenem der Klägerin verglichen. Obwohl alle fünf Mitarbeiter zum Teil deutlich höhere Löhne bezogen und vereinzelt schlechter qualifiziert waren als die Klägerin, wies das Gericht die Klage ab. Die Ungleichheiten seien alle erklärbar, teilweise mit höherem Dienstalder, mit höherer hierarchischer Stellung, mit anderen Aufgabenbereichen oder anderer familiärer Situation. In Bezug auf

einen Mitarbeiter ohne Hochschulabschluss verneinte das Gericht eine geschlechtsbezogene Diskriminierung, weil diesem sein beim bisherigen Arbeitgeber bezogener Lohn weiterhin bezahlt worden sei.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und wies die Sache zwecks Anordnung eines Sachverständigengutachtens an die Vorinstanz zurück. Es führte aus, dass nach Art. 12 Abs. 2 GIG i.V.m. Art. 343 Abs. 4 OR die Gerichte unabhängig vom Streitwert eine *erweiterte Prüfungspflicht* hätten. Sie müssten darauf achten, dass Beweismittel bezeichnet und abgenommen würden (diese Regelung wird in Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. a der künftigen Schweizerischen ZPO überführt). Sofern die Gleichwertigkeit verschiedener Funktionen innerhalb eines Unternehmens nicht ins Auge springe, auf sonstige Weise nachgewiesen werde oder die Richterinnen und Richter nicht selbst über wissenschaftliche Kenntnisse zur Beurteilung verschiedener Funktionen verfügten, hätten die kantonalen Gerichte Gutachten anzuordnen (BGE 133 III 545 E. 4.2 S. 551). Durch die begründungslose Verweigerung des Gutachtens habe die Vorinstanz ihre Prüfungspflicht verletzt. Ihr selbst angestellter Vergleich habe schliesslich jeglicher Methodik entbehrt und auf einer Auswahl vager Kriterien beruht (a.a.O. E. 4.3 S. 551 f.).

Zunächst ist daran zu erinnern, dass der Arbeitnehmer nach Art. 6 GIG eine Lohndiskriminierung nur *glaubhaft* machen muss und es am Arbeitgeber ist, sachliche Gründe für die Lohnungleichheiten zu *beweisen*. Wenn es die Vorinstanz aber für die Begründung eines höheren Lohns eines weniger qualifizierten Arbeitnehmers genügen lässt, dass dieser sowohl dienstälter wie auch älter ist und sich in einer anderen familiären Situation befindet (nicht amtlich publizierte E. 3), braucht sie sich nicht zu wundern, wenn ihr Urteil vom Bundesgericht als «dépourvu de toute approche méthodologique et scientifique» kommentiert wird. Es dürfte nicht selten sein, dass Frauen (vor allem in Kaderpositionen) entweder ein geringeres Dienstalter aufweisen als ihre männlichen Kollegen oder bei gleichem Dienstalter kinderlos sind. Ein *einseitiges* Abstellen auf die Kriterien «familiäre Situation» und «Dienstalter» zur Begründung, weshalb Lohnunterschiede zwischen Mann und Frau nicht diskriminierend seien, ist daher unbehelflich (BGE 125 III 368 E. 5 S. 374; vgl. denn auch die explizite Erwähnung der familiären Situation in Art. 3 Abs. 1 GIG). Sodann scheint die Behauptung, einem Mitarbeiter sei der beim früheren Arbeitgeber bezahlte Lohn weiterhin geleistet worden, kaum zur Begründung von

Lohnunterschieden zwischen Mann und Frau geeignet, denn ansonsten könnten Lohndiskriminierungen von einem Betrieb in den anderen übertragen werden (DANIEL SCHWANDER, Urteilsanmerkung in Pra 2008 Nr. 41, S. 286 ff., fordert den Nachweis, dass keine vergleichbaren anderen Kandidaten zur Verfügung standen).

Wenn somit bei nur schon diagonalen Lektüre des Sachverhalts die diskriminierende Lohnungleichheit offenkundig glaubhaft gemacht scheint, ist nicht verständlich, weshalb die Vorinstanz zum Nachteil der klagenden und nicht beweisbelasteten Arbeitnehmerin auf ein Sachverständigengutachten verzichtete. Das Bundesgericht hat seit einiger Zeit deutlich signalisiert, dass im hier interessierenden Bereich (gestützt auf Art. 12 Abs. 2 GIG i.V.m. Art. 343 Abs. 4 OR) eine Art «erhöhte» Untersuchungsmaxime gilt (vgl. etwa BGE 130 III 145 E. 3.1.2 S. 158: «... le Tribunal fédéral a posé des exigences élevées en particulier quant à la constatation des faits ...»; in BGE 126 III 395 [4C.463/1999] nicht publizierte E. 1a, m.Nw.; dazu auch KATHRIN KLETT, AJP 2001, 1293 ff.). Ein Gutachten ist daher nur dann entbehrlich, wenn die Gleichwertigkeit bzw. Ungleichwertigkeit verschiedener Funktionen im Betrieb ins Auge springt oder auf andere Weise klar erwiesen ist (BGE 133 III 545 E. 4.2 S. 551: «Si l'équivalence entre des diverses fonctions d'une même entreprise ne saute pas aux yeux ou si elle n'est pas établie par d'autres modes de preuve ...»). Das hat das Bundesgericht im Übrigen nicht nur in diesem, sondern im gleichen Jahr noch in einem weiteren Genfer Fall (Urteil 4A\_249/2007 vom 16. November 2007) mit aller Deutlichkeit festgehalten.

Bemerkenswert sind im Übrigen die Parallelen zwischen dem vorliegenden Fall und dem eingangs erwähnten «Waadtländer Fall» BGE 130 III 145. In beiden Fällen ging es um eine Frau, die als Absolventin eines Universitätsstudiums eine Kaderposition innehatte, im Rahmen von Umstrukturierungen der Arbeitgeberfirma Schwierigkeiten am Arbeitsplatz bekam und anschliessend feststellte, dass sie im Vergleich mit ihren männlichen Kollegen wesentlich weniger verdiente. Es steht jedoch ausser Frage, dass auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit akademischer Ausbildung sowie Kaderleute das Recht haben, Lohnnachzahlungen gestützt auf Art. 5 GIG zu verlangen (BGE 130 III 145 E. 4.2 in fine S. 160; TH. KOLLER, a.a.O., 337). Gerade der hier diskutierte Fall zeigt eines sehr schön: Der Umstand, dass solche Personen eher als Arbeitnehmer in untergeordneten



Positionen in der Lage sind, ihre Lohninteressen gegenüber dem Arbeitgeber auf dem Verhandlungsweg wahrzunehmen, ist nicht entscheidend: *In casu hat die Arbeitnehmerin – wie man dem Sachverhalt des Bundesgerichtsurteils entnehmen kann – seinerzeit bei der Anstellung den geforderten Lohn erhalten.* Vor einer Lohnnachzahlungsklage gestützt auf das Gleichstellungsgesetz vermag dies die Arbeitgeberin nicht zu schützen. Wer sich als Arbeitgeber künftigen Ärger ersparen will, wäre daher gut beraten, wenn er Personen, die einen deutlich unterdurchschnittlichen Lohn fordern, gleichwohl zu einem üblichen Anfangslohn einstellt oder zumindest später deren Lohn «im Rahmen der periodischen Bereinigung der Lohnstruktur» entsprechend anhebt (BGE 125 III 368 E. 5c ee S. 381).

## V. Auslegung von Sozialplänen

### *BGE 133 III 213 (4C.401/2006)*

Zwischen einem Arbeitnehmer und der Rechtsnachfolgerin seiner Arbeitgeberin war strittig, ob ersterer Ansprüche auf eine Austrittsleistung gemäss einem mit der Betriebskommission und der Angestelltenvertretung ausgehandelten Sozialplan habe. Die Betriebsschliessung erfolgte auf Ende Januar 2002. Der klagende Arbeitnehmer hatte bereits im Dezember 2001 die Kündigung per Ende März 2002 erhalten. Da er jedoch im Januar 2002 dauernd arbeitsunfähig wurde und sein Arbeitsverhältnis aufgrund der gesetzlichen Sperrfrist bis 31. Oktober 2002 dauerte, erhielt er während der Geltungszeit des Sozialplans Leistungen der Kurzzeit-Erwerbsausfalls-Versicherung (KEV). Die Arbeitgeberin stellte sich auf den Standpunkt, während der Verhandlungen um den Sozialplan sei immer klar gewesen, dass Bezüger von KEV-Leistungen keine Austrittsentschädigung erhalten sollten, auch wenn sich dies aus dem Wortlaut des Sozialplans nicht ergebe. Die Vertragslücke sei nach dem wahren Willen der Parteien zu füllen. Die Vorinstanz war demgegenüber der Ansicht, der Sozialplan sei wie ein Gesamtarbeitsvertrag und damit wie ein Gesetz auszulegen, und sprach dem Arbeitnehmer die verlangte Entschädigung zu (der vorinstanzliche Entscheid des Obergerichts Thurgau vom 12. Februar 2007 ist publiziert in RBOG 2006, Nr. 6, S. 78 ff.).

Das Bundesgericht unterscheidet in seinen Erwägungen zunächst drei Formen von Sozialplänen (vgl. dazu auch MARTIN L. MÜLLER, AJP 2009, 939 ff., spez. 945 f.):

a) Vereinbare der Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmerverband einen Sozialplan, so liege eine besondere Art des Gesamtarbeitsvertrages nach Art. 356 OR vor, der normativen Charakter habe (BGE 133 III 213 E. 4.3.1 S. 215 f.).

b) Denkbar sei auch, dass der Sozialplan die Form einer Betriebsordnung im Sinne von Art. 38 Abs. 2 ArG annehme. Dies sei der Fall, wenn er gestützt auf eine Delegationsnorm im Gesamtarbeitsvertrag von der Arbeitnehmervertretung des Betriebs abgeschlossen werde. Fehle eine solche Delegationsnorm, könne der Sozialplan nur dann eine Betriebsordnung darstellen, wenn die darin behandelten Fragen in dem Bereich, dem der Betrieb angehört, nicht üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag oder eine andere kollektive Vereinbarung geregelt werden und er im Betrieb bekannt gegeben wurde (gemäss den Vorschriften von Art. 38 Abs. 2 und 39 Abs. 2 ArG). Als Betriebsordnung sei der Sozialplan wie ein Gesamtarbeitsvertrag zu behandeln, mithin komme ihm normativer Charakter zu (a.a.O. E. 4.3.2 S. 216).

c) Schliesslich sei möglich, dass der Arbeitgeber von sich aus einen Sozialplan aufstelle und der Arbeitnehmer diese Offerte annehme, womit der Sozialplan Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages werde. Diesfalls habe der Sozialplan keinen normativen Charakter (a.a.O. E. 4.3.3 S. 216).

Im hier zu besprechenden Fall war der Sozialplan gestützt auf eine Delegationsnorm im Gesamtarbeitsvertrag zwischen der Betriebskommission und der Angestelltenvertretung auf der einen Seite sowie der Beklagten auf der anderen Seite geschlossen worden. Daher, so das Bundesgericht, sei er wie ein Gesetz auszulegen (a.a.O. E. 4.4 S. 217). Einschränkend wird jedoch angefügt, die Bedeutung der Frage, ob ein Sozialplan wie ein Gesetz oder wie ein Vertrag zu interpretieren sei, dürfe nicht überschätzt werden. Der Wille der an der Ausarbeitung des Sozialplans beteiligten Parteien sei nichtsdestotrotz ein gewichtigeres Auslegungselement als der Wille des Gesetzgebers bei der Gesetzesinterpretation (a.a.O. E. 5.2 S. 219). Aller-

dings kommt das Bundesgericht nach einer Auslegung des infrage stehenden Sozialplans nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Zweck zum Schluss, der Arbeitnehmer habe ein Anrecht auf Austrittsschädigung. Es spiele daher keine Rolle, ob die an den Verhandlungen beteiligten Personen der übereinstimmenden Meinung waren, KEV-Bezüger seien von der Austrittsschädigung ausgenommen (a.a.O. E. 5.3 und 5.4 S. 219 f.).

Die im vorliegenden Urteil vorgenommene Kategorisierung von Sozialplänen und die daraus abgeleiteten Auslegungsregeln überzeugen (zustimmend auch die Urteilsbesprechung von ROLAND A. MÜLLER, ARV 2007, 156 ff., insbesondere mit Hinweis auf das noch abweichende Bundesgerichtsurteil 4C.168/2003 vom 17. Oktober 2003 [= ARV 2004, 20 ff.]). Nicht ersichtlich ist hingegen, weshalb es das Bundesgericht für die Annahme einer Betriebsordnung mit ihrer normativen Wirkung nach Art. 39 Abs. 2 ArG genügen lässt, dass die Verhandlungen um den Sozialplan gestützt auf eine GAV-Delegationsnorm erfolgen (STEPHAN KLINGENBERG, Die Betriebschliessung, Zürich 1986, 192, spricht für solche Konstellationen von einer «Betriebsordnung sui generis»). Damit eine Betriebsordnung vorliegt, ist erforderlich, dass die – allerdings nicht gerade strengen – Verfahrensvorschriften des Arbeitsgesetzes eingehalten werden. Somit muss die verhandlungsführende Betriebskommission von der Belegschaft frei gewählt worden sein und der schriftliche Sozialplan (Art. 37 Abs. 4 ArG) ist im Betrieb bekannt zu machen oder allen Beschäftigten auszuhändigen (Art. 68 Abs. 1 ArGV 1). Ob im vorliegenden Fall genau so verfahren wurde, geht aus den Erwägungen nicht klar hervor. Allerdings wäre auch widrigenfalls dem Bundesgericht im Ergebnis zuzustimmen, dass ein Sozialplan, dessen Existenz in einem Gesamtarbeitsvertrag gründet, gleich wie letzterer und damit wie ein Gesetz auszulegen ist (vgl. BSK OR I-PORTMANN Art. 335f N 17; einschränkend allerdings WYLER, 483 f.). Damit wird eine *für alle dem Gesamtarbeitsvertrag unterstehenden Arbeitnehmer* (vgl. ROLAND A. MÜLLER, ARV 2004, 89; DERS., die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999, 242) einheitliche und voraussehbare Auslegung des Sozialplans erzielt, während für die übrigen Arbeitnehmer an sich von einer intersubjektiv auszulegenden Änderung im Einzelarbeitsverhältnis auszugehen wäre. Diese (problematische) Folge wird bei Annahme einer Betriebsordnung, die für alle Arbeitnehmer im Betrieb gilt, vermieden.

Eine Kategorie von Sozialplänen fehlt in den Erwägungen des Bundesgerichts, nämlich jene Vereinbarungen, die weder gestützt auf eine GAV-Delegationsnorm ausgehandelt werden, noch die Form einer Betriebsordnung annehmen. Zu denken ist hier an Verhandlungen des Arbeitgebers mit einer Ad-hoc-Arbeitnehmervertretung oder einzelnen Gewerkschaftsvertretern. Es fragt sich deshalb, ob solche Sozialpläne wie ein Gesetz oder wie ein Vertrag auszulegen sind. Nach THOMAS GEISER (AJP 2009, 141) sind die für einen Gesamtarbeitsvertrag geltenden Regeln «*höchstens analog*» anzuwenden. Andererseits wird in der Literatur vorgeschlagen, es könne ein echter Vertrag zugunsten Dritter zwischen dem Arbeitgeber und den einzelnen Arbeitnehmervertretern vorliegen (STREIFF/VON KAENEL Art. 335f N 11; BSK OR I-PORTMANN Art. 335f N 19). U.E. sind die jeweiligen Arbeitnehmervertreter als vorerst vollmachtlose Vertreter des Arbeitnehmers aufzufassen, deren Handlungen der Arbeitnehmer mit seiner Berufung auf den Sozialplan nachträglich genehmigt (Art. 38 Abs. 2 OR; ROLAND A. MÜLLER, Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999, 243; DERS., AJP 1997, 1514). Es liegt ein «normaler» Vertrag vor, der *nach vertraglichen Grundsätzen* auszulegen ist. Solange sich die Arbeitnehmervertreter nicht ausdrücklich für sich selbst haben versprechen lassen, dass ihre Kollegen durch den Sozialplan begünstigt werden (womit sie nach Art. 112 Abs. 1 OR auch berechtigt wären, Leistung an den Dritten zu fordern), scheint eine Qualifizierung als Vertrag zugunsten Dritter nicht zutreffend. Allerdings muss sich der einzelne Arbeitnehmer das Wissen der Arbeitnehmervertreter unabhängig von der Frage, ob ein Vertrag zugunsten Dritter oder ein Handeln als vollmachtloser Vertreter vorliegt, zurechnen lassen. Dadurch resultiert trotz der Auslegung nach vertraglichen Grundsätzen eine für alle Arbeitnehmer einheitliche, allerdings weniger vorhersehbare, Auslegung des Sozialplans.

Keine einheitliche Auslegung des Sozialplans ist bei der dritten der vom Bundesgericht beschriebenen Kategorien von Sozialplänen garantiert: Wenn der Arbeitgeber von sich aus einen Sozialplan aufstellt und der Arbeitnehmer diesen ausdrücklich oder stillschweigend akzeptiert (da ein Sozialplan in der Regel nur begünstigend wirkt, ist Art. 6 OR anwendbar, vgl. Bundesgerichtsurteil 4A\_138/2008 vom 30. Mai 2008 E. 2.1 [= ARV 2008, 197 ff.]). Der so geschlossene Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist nach Vertrauensprinzip auszulegen (BGer, a.a.O. sowie Bundesgerichtsurteil 4C.77/2007 vom

26. Juni 2007 E. 4). Da jeder Arbeitnehmer den gleichen Sozialplan anders verstehen könnte, sind (theoretisch) unterschiedliche Auslegungsergebnisse denkbar. Eine gewisse Vereinheitlichung wird aber wohl dadurch erzielt, dass auf solche Sozialpläne die für die AGB-Kontrolle entwickelten Grundsätze, namentlich die Unklarheitenregel, angewandt werden. Von einer AGB-Kontrolle ist auch ein – rein begünstigend wirkender – Sozialplan nicht ausgenommen, wird er doch vom Arbeitgeber für alle Arbeitsverhältnisse einheitlich formuliert und nimmt dadurch die Form Allgemeiner Arbeitsbedingungen an.

#### VI. Verhältnis zwischen interner Beschlussfassung einer AG und der Kündigung eines Arbeitsvertrages mit einem Verwaltungsratsmitglied

*BGE 133 III 77 (4C.347/2006) = Pra 2007 Nr. 92, S. 624 ff.*

Der Verwaltungsrat der schweizerischen Tochtergesellschaft (Y SA) einer deutschen Muttergesellschaft bestand aus zwei Mitgliedern. Am 17. Juni 2002 beschloss die Generalversammlung der Tochtergesellschaft, den einen Verwaltungsrat (X) abzuwählen. Mit Schreiben vom gleichen Tag, unterzeichnet vom andern Verwaltungsratsmitglied (A), kündigte die Y SA das Arbeitsverhältnis mit X unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Frist von zwölf Monaten und stellte X mit sofortiger Wirkung frei. In der Folge stellte sich X auf den Standpunkt, die Kündigung des Arbeitsvertrages sei erst mit Ausstellung des Arbeitszeugnisses am 30. Juni 2003 wirksam erfolgt, weshalb er für die Zeit von Juli 2003 bis Juni 2004 Lohn (vor Bundesgericht noch im Umfang von etwas mehr als Fr. 180 000.–) verlangte.

Die Unwirksamkeit der Kündigung vom 17. Juni 2002 begründete X im Wesentlichen mit folgenden Argumenten: (1.) Der Beschluss zur Auflösung des Arbeitsvertrages sei nicht vom Verwaltungsrat der Y SA, sondern von der deutschen Muttergesellschaft ausgegangen. (2.) Der Beschluss zur Kündigung sei nichtig, weil er nicht anlässlich einer formellen Sitzung des Verwaltungsrates gefällt worden sei und weil er aus keinem Protokoll hervorgehe. (3.) Die Kündigung sei nicht gültig, weil A das Kündigungsschreiben allein unterzeichnet habe, obwohl er nur kollektivzeichnungsberechtigt gewesen sei.

Das Bundesgericht verwirft alle drei Argumente (vgl. dazu auch ROLAND VON BÜREN, ZBJV 2008, 682 f., und CAROLINE KIRCHSCHLÄGER, AJP 2007, 788 ff.). Der Beschluss zur Kündigung sei nicht von der Muttergesellschaft der Y SA, sondern von A ausgegangen; dass dieser möglicherweise einer Weisung der deutschen Muttergesellschaft gefolgt sei, sei irrelevant (in BGE 133 III 77 nicht publizierte E. 4; vgl. dazu auch KIRCHSCHLÄGER, a.a.O., 789). Der von A gefasste Verwaltungsratsbeschluss sei nicht nichtig; das Gesetz schreibe nicht vor, dass der Verwaltungsrat Beschlüsse im Rahmen formeller Sitzungen fassen müsse, und das Fehlen eines Protokolls bilde keinen Nichtigkeitsgrund (BGE 133 III 77 E. 5 S. 79 f.). Habe eine AG nur ein Verwaltungsratsmitglied, so sei dieses von Gesetzes wegen und unabhängig von einem allfälligen Handelsregistereintrag vertretungsbefugt (Art. 718 Abs. 3 OR). Da A nach der Abwahl von X durch die Generalversammlung als einziges Mitglied des Verwaltungsrates übrig geblieben sei, sei er automatisch alleinvertretungsberechtigt geworden; der Umstand, dass die Generalversammlung keine Änderung der Regelung über die Kollektivzeichnungsberechtigung beschlossen habe, sei ohne Bedeutung (a.a.O. E. 6 S. 80 f.).

Die skizzierten Ausführungen des Bundesgerichts sind offenkundig *gesellschaftsrechtlich* interessant. Es mag daher durchaus sein, dass es die Wirtschaftsrechtler begrüsst hätten, wenn sie etwas weniger knapp ausgefallen wären (so KIRCHSCHLÄGER, a.a.O., 788). Aus *vertragsrechtlicher* Sicht kann dieser Kritik indessen nicht gefolgt werden – im Gegenteil. Interessant ist aus dieser Sicht ausschliesslich, *wer die AG rechtsgeschäftlich wirksam vertreten kann, wenn bei zwei kollektivzeichnungsberechtigten Verwaltungsräten einer* (z.B. durch Tod oder wie hier durch Abwahl) *ausfällt*. Diese Frage könnte auf verschiedene Weise beantwortet werden. Statt für die «Anwachungslösung» – die nur kollektiv wahrnehmbare Vertretungsmacht wächst beim Ausfall des einen Verwaltungsrates eo ipso dem übrig Gebliebenen als Einzelvertretungsmacht an – hätte das Bundesgericht theoretisch auch befinden können, eine solche Einzelvertretung komme erst in Betracht, nachdem die Generalversammlung die Regelung über die Kollektivvertretung aufgehoben habe, und sonst müsse eben der ausgefallene Verwaltungsrat durch die Generalversammlung ersetzt werden. *Diese Lösung hätte allerdings den Nachteil, dass die AG in der Zwischenzeit handlungsunfähig wäre.* Die bundesgerichtliche Lösung ist daher überzeugender.

Aus rechtsgeschäftlicher Sicht sind die Ausführungen des Bundesgerichts, von wem der Beschluss zur Kündigung des Arbeitsvertrages mit X ausging und ob der Beschluss des Alleinverwaltungsrates zur Kündigung nichtig war, nicht etwa zu knapp ausgefallen, sondern vielmehr *irritierend*, wecken sie doch den Eindruck, dass diese Fragen im Verhältnis zwischen der AG und einem Vertragspartner erheblich wären. Im Aussenverhältnis ist jedoch nur relevant, ob eine für die AG abgegebene Willenserklärung eines Organs (hier eines Verwaltungsrates) im Rahmen der *Vertretungsmacht* liegt (und das war in casu offenkundig der Fall, denn die Kündigung eines Arbeitsvertrages gehört klarerweise zu den Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann [Art. 718a Abs. 1 OR; BGE 128 III 129 E. 1b S. 134]). *Ob aber diese Willenserklärung auf einem intern gültig gefassten Beschluss des zuständigen Organs beruht, darf den Empfänger der Willenserklärung nichts angehen.* Andernfalls würde z.B. die Wirksamkeit der Ausübung eines Gestaltungsrechts durch eine juristische Person – wie etwa der Rücktritt eines Vereins von einem Vertrag im Schuldnerverzug der Gegenpartei nach Art. 109 OR, die Kündigung eines Wohnungsmietvertrages durch eine Immobilien-AG, die Kündigung von Arbeitsverträgen durch eine Genossenschaft etc. – vom Bestand eines gültig gefassten Beschlusses im Rahmen der internen Willensbildung abhängen. Jeder Vertragspartner einer juristischen Person könnte dann stets die Gültigkeit unliebsamer Willenserklärungen mit dem Einwand bestreiten, es fehle an einem rechtswirksamen internen Beschluss, auf den sich die Willenserklärung stützen könne. Das würde trölerischem Verhalten Vorschub leisten und die juristische Person im Prozess unnötig zur Offenlegung interner Abläufe zwingen, ohne dass dafür ein praktisch schützenswertes Interesse der Gegenpartei ersichtlich wäre. Auch rechtsdogmatisch wäre dies unhaltbar: *Jeder Vertragspartner einer juristischen Person muss sich unabhängig von internen Willensbildungsvorgängen rechtsgeschäftliche Willenserklärungen entgegenhalten lassen, die von einem im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelnden Organ der juristischen Person ausgehen.* Etwas anderes mag – wenn überhaupt – höchstens gelten, wenn das nach aussen handelnde Organ gegen einen ausdrücklichen Beschluss des intern zuständigen Organs verstösst (so z.B. wenn ein Verwaltungsratsgremium ausdrücklich beschliesst, einen Arbeitsvertrag nicht aufzulösen, der einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratspräsident aber dennoch eine Kündigung ausspricht), weil

dies als Beschränkung der *Vertretungsbefugnis* des handelnden Organs aufgefasst werden könnte (vgl. zum Unterschied zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis statt aller etwa BSK ZGB I-HUGUENIN, Art. 54/55 N 21 ff.; kritisch zu dieser Unterscheidung aber BSK OR II-WATTER, Art. 718 N 19, m.Nw.). Selbst das mag indessen fraglich sein, weil eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis an sich nur intern wirkt und der betroffene Verwaltungsrat nach aussen nach wie vor über volle Vertretungsmacht verfügt (ROLAND VON BÜREN/WALTER STOFFEL/ROLF. H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl. Zürich 2007, N 600).

Der Umstand, dass im vorliegenden Fall nicht die Kündigung eines gewöhnlichen Arbeitsvertrages zu beurteilen war, sondern die Kündigung des Arbeitsvertrages mit einem von der Generalversammlung abgewählten Verwaltungsrat, ändert an all dem nichts. Bei der Rechtsbeziehung zwischen einem Verwaltungsratsmitglied und der AG handelt es sich um ein *organschaftliches und vertragsrechtliches Doppelverhältnis* (BGE 128 III 129 E. 1a aa S. 132, wo allerdings – wohl versehentlich – von einem schuld- bzw. vertragsrechtlichen Doppelverhältnis die Rede ist). Die beiden Rechtsverhältnisse sind in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinanderzuhalten (a.a.O.). Während sich die Abberufung eines Verwaltungsrates nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln (konkret nach Art. 705 OR) richtet, beurteilt sich die Kündigung der schuldrechtlichen Beziehung zwischen der AG und dem Verwaltungsrat allein nach dem Vertragsrecht. *Zur Erklärung der Kündigung ist die AG als Vertragspartei selber, handelnd durch die vertretungsberechtigten Organe oder durch eine bevollmächtigte Person, zuständig* (BGE 128 III 129 E. 1b aa). Im hier zu besprechenden Urteil hätte es daher genügt, dass sich das Bundesgericht mit der Frage befasst hätte, ob A allein die Vertretungsmacht hatte, die Kündigung des Arbeitsvertrages zwischen der Y AG und dem von der Generalversammlung abgewählten Verwaltungsrat auszusprechen. Die andern Einwendungen von X hätten besser als unerheblich zurückgewiesen und materiell gar nicht geprüft werden sollen.

**VII. Auch arbeitsrechtliche Zivilprozesse im einfachen und raschen Verfahren sind im Konkurs zu sistieren (Art. 207 SchKG)**

*BGE 133 III 377 (4C.324/2006) = Pra 2008 Nr. 17, S. 121 ff.*

Gemäss Art. 207 SchKG werden Zivilprozesse im Konkurs einer Partei eingestellt, sofern sie den Bestand der Konkursmasse berühren. Davon ausgenommen sind nach dem Gesetzeswortlaut «dringliche Fälle». In einem Teil der Literatur wird die Meinung vertreten, alle summarischen und beschleunigten Verfahren seien per definitionem dringliche Fälle und unterlägen der Einstellungswirkung von Art. 207 SchKG nicht (HEINER WOHLFART, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, Art. 207 N 35; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 4. Aufl., Zürich 2007, 78). Diese Argumentation wäre auf das einfache und rasche Verfahren übertragbar, was bedeuten würde, dass auch arbeitsrechtliche Prozesse bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.–, die nach Art. 343 Abs. 2 OR von Bundesrechts wegen im einfachen und raschen Verfahren zu behandeln sind, im Konkurs einer der Parteien nie einzustellen wären. Für die künftige Schweizerische ZPO könnte gar behauptet werden, alle im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. zu behandelnden Fälle seien dringlicher Natur – dies wären dann alle (!) vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.–.

In BGE 133 III 377 hatte das Bundesgericht Gelegenheit, einige Fragen im Zusammenhang mit Art. 207 SchKG zu klären. Es führt in seinem Entscheid u.a. aus, wie ein Gericht vorzugehen hat, welches ein Verfahren nicht einstellen will, und welche Rechtslage gilt, falls das Gericht fälschlicherweise von einem dringlichen Fall nach Art. 207 SchKG ausgeht und ein Urteil fällt. Für den Arbeitsrechtler interessant sind die Ausführungen zum Begriff der Dringlichkeit: Gemäss Bundesgericht sind nur jene Fälle als dringlich zu betrachten, die wegen der Natur des Streits oder des Streitgegenstands nicht bis zur zweiten Gläubigerversammlung eingestellt bleiben können und unabhängig von den Vorschriften des Konkursverfahrens eine schnelle Erledigung erfordern, etwa weil ein Zuwarten den Parteien Schaden verursachen könnte. Nur von zweitrangiger Bedeutung ist die

Verfahrensart, weshalb die Tessiner Vorinstanzen Bundesrecht verletzt hatten, indem sie nur mit Verweis auf das einfache und rasche Verfahren einen Lohnforderungsprozess weiterführten. Interessanterweise weist das Bundesgericht darauf hin, dass auch bei schneller Erledigung eines Lohnforderungsprozesses der klagende Arbeitnehmer nicht früher als die übrigen Gläubiger aus der Masse befriedigt wird, sondern ohnehin bis zur Verteilung zuwarten muss (BGE 133 III 377 E. 7.2 S. 384). Diese Bemerkung zeigt (auch über das Arbeitsrecht hinaus), dass dringliche Fälle selten sind, da die Feststellung des Bundesgerichts auf alle Passivprozesse des konkursiten Schuldners zutrifft, die eine Geldzahlung zum Gegenstand haben. Dies dürfte bei den meisten Passivprozessen der Fall sein, da nach Art. 211 Abs. 1 SchKG alle nicht auf Geld lautenden Forderungen mit dem Konkurs in Geldforderungen von entsprechendem Wert umgewandelt werden. Ist eine Umwandlung nicht möglich, wird der Streit die Konkursmasse in der Regel nicht berühren und es deshalb an einer anderen Voraussetzung von Art. 207 SchKG mangeln. So ist etwa der Streit um die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses aus diesem Grund nicht einzustellen, und nicht etwa, weil es sich um einen dringlichen Fall handeln würde (ZR 96 Nr. 64). Als Beispiele für *dringliche Fälle* im Sinne von Art. 207 SchKG führt das Bundesgericht das Ausweisungsverfahren, Streitigkeiten über verderbliche Waren und Leistungen, die während der Einstellung unmöglich werden könnten, auf. Diese Beispiele dürften aber in erster Linie für Aktivprozesse des Konkursiten einschlägig sein.